

CONCLUSIONES DEL 11º CONGRESO NOTARIAL ESPAÑOL



general del 150 Aniversario y vicepresidente del Consejo General del Notariado, y refrendadas por los asistentes.

Las conclusiones se agrupan según los temas sometidos a debate a lo largo de todas las sesiones de este Congreso, relativos tanto a la

En la Sesión Plenaria, celebrada en Madrid del 28 al 30 de mayo, se aprobaron las

conclusiones del 11º Congreso Notarial Español, tras ser leídas por Joan Carles Ollé, coordinador

Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado Español, como a la Función Notarial.

EL NOTARIADO UNA FUNCIÓN DE FUTURO

Relator/moderador

José Manuel García Collantes. Notario



1. EN EL ÁMBITO del Espacio Jurídico Europeo la función notarial, dirigida y orientada por el control de legalidad que el ordenamiento impone como garantía de la seguridad jurídica, encontrará en el establecimiento de canales de colaboración y asistencia entre notarios de diversos países la fórmula más adecuada para dar cumplida satisfacción a todos los intereses en juego, tanto de las partes, como de los terceros y del interés público general desde el momento mismo de la formalización del negocio.

2. LA SITUACIÓN de crisis en la que actualmente se encuentra inmersa la sociedad española constituye para el Notariado un reto a la hora de buscar soluciones que contribuyan a encontrar la deseada recuperación.

Las obligaciones que se imponen a los notarios en materia de asesoramiento, información y consejo adquieren una importancia capital en un momento en el que los negocios jurídicos son cada vez más complicados, provocando unas asimetrías de la información que obligan a los notarios a asu-

mir un papel activo en la protección del consumidor. La necesidad de equilibrar la situación de las partes contratantes impone la necesidad de potenciar el ejercicio del derecho de elección de notario; fomentar una neutralidad activa, y prestar especial atención al lugar del otorgamiento.

Igualmente, la detección y denuncia de cláusulas abusivas hace conveniente el establecimiento de canales de comunicación de su posible existencia a los órganos corporativos para que éstos, a su vez, los trasladen a la autoridad competente.

La utilización cada vez más frecuente del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria supone un considerable ahorro de tiempo y costes para todas las partes implicadas, pero es necesaria una reforma legislativa que asegure de una vez por todas que las garantías y medidas de defensa establecidas en el procedimiento extrajudicial sean exactamente iguales al judicial, y que se añadan, además, ventajas adicionales que permitan obtener un mejor precio en beneficio del deudor.

Por otra parte, es necesario llamar la atención sobre la regulación legal del sobreendeudamiento de la persona física, que aparece como una necesidad en el Derecho positivo español, dada la creciente situación de personas y familias en tal estado. A tal fin se propugna el establecimiento de procedimientos especiales de negociación amistosa y mediación, con participación de los notarios, previos al concurso, considerado éste en su actual regulación como totalmente inadecuado para la persona física.

El fomento de la creación de empresas pasa a ser piedra de toque fundamental en la recuperación económica. En este ámbito, una de las funciones del notario es proporcionar un diseño jurídico adecuado a la relación societaria, lo que es condición de eficiencia de cualquier iniciativa empresarial.



Asistentes a la lectura de las conclusiones.

150 'El asesoramiento y consejo notarial adquieren una importancia capital en un momento en que los negocios jurídicos son más complejos'

La obligación de asesoramiento existe para el notario siempre, incluso cuando legalmente esté previsto el empleo de estatutos tipo, en los que debe explicar a las partes su contenido y la existencia de otras posibilidades. El asesoramiento notarial, por su calidad e imparcialidad, tiene un valor especial para los empresarios con menos recursos, y debe ser retribuido adecuadamente por el arancel.

3. LOS ACONTECIMIENTOS de los últimos años han derrumbado el mito de la eficiente regulación de los mercados y han puesto de relieve la necesaria existencia de controles en el momento de la formalización de los negocios jurídicos, lo que revaloriza nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva y dentro él, la función notarial.

La obligada pregunta de si en un mercado libre, dominado por la agilidad, el actual diseño de la función controladora es el más eficiente o si, por el contrario, es posible un diseño que permita la prestación de la función a menos coste, encuentra adecuada respuesta en las recientes experiencias europeas de liberalización de la función notarial, que se han traducido en una pérdida de calidad

del documento y de los beneficios sociales de la función notarial. Es evidente la incongruencia que supone la existencia de un sistema que coloca al controlador bajo el control del controlado.

4. ANTE LA SITUACIÓN de agobio en la que se encuentra la Justicia, el Notariado quiere responder ofreciendo a la sociedad su experiencia y conocimientos. Y como órgano de jurisdicción voluntaria que es, se postula para asumir competencias en aquellas materias no jurisdiccionales actualmente atribuidas a la Administración de Justicia que estén más conformes con la naturaleza y esencia de su función, habida cuenta de su carácter de funcionario público obligado a asesorar y actuar conforme a la legalidad.

Por otra parte, el necesario impulso de los sistemas alternativos de resolución de conflictos cuenta en el Notariado como un elemento importante de fomento y expansión.

Las características del notario como jurista imparcial, neutral, generador de confianza y confidencialidad, hace conveniente que los notarios que reciban la debida preparación se ofrezcan a la sociedad como mediadores para una pacífica solución de conflictos, contribuyendo así a reducir la litigiosidad y los importantes costes públicos y privados que ésta genera.

Igualmente, el carácter del notario como jurista de excelencia y de elevada formación lo hacen idóneo para su actuación en el arbitraje, transmitiendo a esta institución la confianza necesaria para su mejor implantación y utilización en nuestro país.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE LA PERSONA

Relator/moderador
Francisco Ordóñez Armán. Notario



1. LOS PRINCIPIOS derivados de las normas de rango superior (Constitución, Tratados internacionales y, en especial de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) no han tenido, en general, una articulación detallada en la legislación civil ordinaria, por lo que resulta necesaria una reforma que los haga operativos.

2. ES NECESARIO reformar el régimen de protección y guarda de las personas con dificultades para que, respondiendo a su auxilio y apoyo, se respeten los designios de la persona y su ámbito de decisión con las restricciones que fueren indispensables. Además, es conveniente potenciar la figura de la asistencia con carácter preferente a la incapacitación.

3. EN SU APLICACIÓN a la persona y al patrimonio, el principio de autonomía de la voluntad debería permitir a los particulares ordenar un régimen flexible en previsión de situaciones futuras de discapacidad. En conse-

cuencia, las disposiciones legales sólo deberían ser de aplicación en defecto o insuficiencia de las disposiciones privadas.

Pese a la incapacidad, la existencia de poderes generales con cláusulas de subsistencia debería ser entendida por el legislador como manifestación de una voluntad: de re-excluir los mecanismos tutelares impuestos por la ley. Se deberían regular por ley las situaciones de conflicto derivadas de la existencia de una pluralidad de actos de concesión de poder.

Sin perjuicio del control judicial, que debería ser rogado, habrán de reconocerse al disponente las facultades para regular en su integridad la posición de las personas encargadas de gestionar su patrimonio. Salvo que medie voluntad en contrario, la ley debería atribuir a dichas personas el cuidado de la persona del disponente.

4. AL FIN DE ACOMODAR las instituciones de protección a las singulares circunstancias de las personas con discapacidad habrán de ser admitidos los mandatos de protección que, combinados con una regulación más completa de los patrimonios protegidos y dotados de la adecuada publicidad, permitan a los padres organizar los sistemas de protección de sus hijos discapacitados, evitando el

procedimiento judicial de incapacitación; limitando el sistema de autoridad a las situaciones de abandono y desvalimiento, y el control público a los casos especialmente determinados por los progenitores o a las situaciones de singular riesgo.

También habrá de valorarse la regulación legal de la pretutela, como mecanismo de adaptación que intermedie y facilite el tránsito entre el cuidado del discapacitado por sus padres y su encomienda a una tutela institucional organizada.

5. DEJANDO A SALVO los principios constitucionales de igualdad, solidaridad, protección de los menores y de la familia, se propone el desarrollo de un régimen jurídico dispositivo que permita a los cónyuges autorregular sus derechos y deberes, la gestión y disposición de bienes durante el matrimonio, y prever las reglas y cauces para la solución de conflictos.

6. EL RECONOCIMIENTO de la libertad civil en la configuración de los negocios jurídicos familiares debe documentarse en escritura pública como garantía de los principios de igualdad, libertad, certeza y legalidad.

7. PARA LA SOLUCIÓN de los conflictos en el ámbito de la familia y el control de determinados actos de sus miembros, se proponen los instrumentos de la mediación familiar, el arbitraje, y la actuación de los órganos de parientes, por ser más conformes a los intereses y circunstancias del grupo familiar. La focalización de

150 - 'Se recomienda una reforma sustancial del sistema legitimario del Código Civil'

estos actos en escritura pública sería una garantía de claridad, legalidad y eficacia, así como una verdadera alternativa a la intervención judicial.

8. POR LO QUE RESPECTA a las uniones de hecho, la autonomía de la voluntad, conlleva a que los convivientes puedan autorregular su relación tanto en los aspectos patrimoniales como en los personales durante la convivencia y para el momento de la extinción.

Es deseable que el Estado dote de seguridad jurídica a las situaciones convivenciales de hecho aprobando una Ley de aplicación general que evite lagunas y la superposición de normas.

9. LA AUTONOMÍA de la voluntad para ordenar la sucesión es un derecho constitucional articulado en los diferentes sistemas sucesorios de los Derechos civiles coexistentes en España.

150

▪ **‘Se propone una regulación de los patrimonios fiduciaros basados en la separación patrimonial’**

10. SE RECOMIENDA una forma sustancial del sistema legitimario del Código Civil, bien suprimiendo las legítimas o bien modificando su sistema de protección y reduciendo su cuantía y ámbito personal.

11. EL CÓDIGO CIVIL debe reconocer a la voluntad del causante un mayor protagonismo para ordenar la sucesión, restringiendo su orden público y dando entrada al testamento mancomunado, a los pactos sucesorios y una mayor amplitud a las instituciones fiduciarias.

12. NO OBSTANTE, la herencia deberá cumplir la función social de proteger a la familia necesitada de asistencia. A tales efectos se deberán establecer por ley las medidas adecuadas sin alterar la libertad del causante para ordenar la sucesión.

13. LOS MECANISMOS actualmente existentes sobre segregación de un patrimonio para proteger intereses merecedores de tutela son limitados e insuficientes.

14. SE PROPONE UNA regulación de los patrimonios fiduciaros basados en la separación patrimonial que garantice la protección de sus beneficiarios así como los derechos de terceros y que, teniendo un alcance general y flexible, permita autorregular todo tipo de finalidades lícitas. Su constitución requeriría escritura pública y se le dotaría de publicidad a la titularidad y al contenido de la afectación.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO MERCANTIL

Relatores/moderadores

Rafael Bonardell Lenzano. Notario / Ricardo Cabanas Trejo. Notario



Rafael Bonardell Lenzano.



Ricardo Cabanas Trejo.

1. EN LA APLICACIÓN del Derecho de las sociedades debe atenderse fundamentalmente a una equilibrada composición de los intereses legítimos concurrentes, atendidas las peculiaridades de la concreta estructura societaria elegida, en el marco del sistema de «numerus clausus» de formas societarias que rige en nuestro ordenamiento.

2. DEBE EVITARSE que la libertad de configuración estatutaria quede encorsetada por nor-

mas legales imperativas que carezcan de suficiente justificación, e impedirse materialmente tanto su aplicación analógica a supuestos no previstos por ellas, como que los aplicadores del Derecho por vía interpretativa reduzcan el ámbito de autonomía de los socios. A tal efecto, no cabe interpretar «*a contrario*» las abundantes normas legales que expresamente dejan a salvo lo que dispongan los estatutos.

3. LOS PRINCIPIOS configuradores del tipo social no constituyen en sí mismos un límite a la autonomía de la voluntad, sino que esta sólo vendrá limitada por las normas imperativas, que actúan como pauta interpretativa para determinar en el caso concreto, y atendido el tipo empírico de que se trate, si la concreta disposición estatutaria contraviene o no una norma imperativa, no ya en su literalidad sino en también en su «ratio» o interpretación lógica o sistemática. Por ello, el recurso a estos principios habrá de ser empleado restrictivamente.

En definitiva, los principios configuradores del tipo social son un elemento heurístico más, que no pueden quedarse en el plano de la pura dogmática para eludir otros apoyos argumentales sin los cuales ningún efecto limitativo debe tener.

4. ES URGENTE la reforma del régimen legal de las sociedades de capital, habida cuenta del origen del vigente texto legal refundido, con evidentes problemas de interpretación que derivan de la regulación de una y otra forma social sin la adecuada conjunción, por lo limitado del posible alcance de dicha técnica legislativa.

A fin de evitar que en la interpretación de ciertas normas surja la duda al determinar si la diferencia entre la regulación concreta para la sociedad anónima y para la sociedad de responsabilidad limitada se debe al silencio «elocuente» del legislador o más bien

150
‘Debe evitarse que la libertad de configuración quede encorsetada por normas legales imperativas’

es fruto de un defecto en la armonización de regulaciones.

La reforma futura y ya anunciada deberá llevar a cabo una reordenación o redefinición de las formas sociales, que introduzca una mayor flexibilidad y libertad de configuración estatutaria y simplificación del Derecho societario, sin caer en una desregulación excesiva que pudiera dejar un margen demasiado amplio a las situaciones de abuso.

Estas medidas de reforma son compatibles con la deseable opción de política legislativa dirigida al mantenimiento y a la mejora del sistema de seguridad jurídica preventiva, por las indudables ventajas que comporta el control que llevan a cabo notarios y registradores, en el ámbito de sus respectivas competencias, a la hora de conformar jurídicamente la voluntad de los contratantes, evitar la litigiosidad y dotar de mayor transparencia al tráfico societario.

5. EL NOTARIADO está en óptimas condiciones de contribuir al proceso de reforma legislativa, no sólo por el bagaje de conocimientos técnicos de los notarios, suficientemente acreditado, sino también con su experiencia acumulada, y por su protagonismo en el asesoramiento a los particulares y en el ejercicio del control de legalidad en el Derecho vivo de sociedades.

6. LOS PACTOS parasociales, como sociedad interna, no son otra cosa que la prolongación de una sociedad externa; la prolongación en el plano obligatorio de una relación constituida en el plano organizativo. En la medida en que hay continuidad los pactos parasociales forman parte también del ordenamiento de la sociedad, del ordenamiento corporativo de

la sociedad en sentido amplio, pero al tener lugar bajo una estructura jurídica distinta, también se ha de reconocer un tratamiento jurídico no igualitario, asimétrico.

7. PARA ENJUICIAR la validez o licitud de los pactos parasociales debe prescindirse del *ius cogens* y atenderse únicamente al *ius imperativum*, o normas imperativas en sentido propio, pues imponen una valoración de la regla negocial a la luz del sistema jurídico entero y, por tanto, establecen una ligazón entre inderogabilidad y normas y principios fundamentales del sistema jurídico.

Así, son normas de *ius imperativum*, las que se extienden a través de todo el Derecho de sociedades, y por tanto no son específicas de un tipo, sino de todos los tipos y naturalmente del Derecho general de obligaciones, y sirven para definir las fronteras de lo jurídico.

8. EL LÍMITE para enjuiciar la validez de los pactos parasociales queda reservado a la imperatividad sustantiva, que es aquella que se basa en la defensa de los valores centrales o fundamentales del Derecho Privado.

En particular, las normas específicas de la organización de la sociedad anónima o limitada no constituyen límite alguno para la autonomía privada en el campo parasocial, pues no afectan a la estructura de la organización puesta en pie, sino solo a las relaciones entre sus miembros, al no afectar a la sociedad externa, sino sólo a la sociedad interna, que es su prolongación.

9. LÍMITES A LOS pactos parasociales.

Además de los derivados del 1.255CC, otro conjunto de límites significativos para la autonomía privada en el ámbito de los pactos parasociales viene dado por la doctrina general del contrato, y en particular, por las reglas sobre el objeto y la causa.

Así, en principio, no parece admisible un pacto de esta naturaleza en virtud del cual los socios se obligan a votar de acuerdo con las instrucciones de los administradores, por contradecir las exigencias del mandato de la representación, que es esencialmente revocable y, por ende, sujeto a instrucciones. Esencialmente revocable porque el mandatario actúa en interés ajeno. Ahora bien, no debería haber problema en admitirlo cuando existe una causa que justifique la irrevocabilidad.

10. NO DEBEN confundirse los límites que operan sobre la configuración del pacto parasocial con aquellos otros que lo hacen sobre el ejercicio en concreto de un pacto parasocial y que nos lleva especialmente al tema de la buena fe y su conexión con el interés social.

11. LOS PACTOS parasociales que se refieren al Consejo de Administración, y que tienen por objeto la gestión de la sociedad, son siempre nulos porque infringen el principio de relatividad del contrato, salvo que concurren todos los socios.

12. EL CONCEPTO de contrato es un supraconcepto que vale para prácticamente todas las ramas del ordenamiento jurídico y por eso no puede ser distinto en el ámbito mercantil. El concepto de contrato mercantil es ese primer concepto general de contrato, mas el criterio de mercantilidad que se aplique.

13. LA LIBERTAD contractual material, la libertad contractual *de facto*, podría definirse como el conjunto de circunstancias que incrementan, que reducen, o que influyen sobre la posibilidad real de ejercicio de la autonomía contractual.

14. NO HAY CONTRAEDICCIÓN entre el artículo 52

del Código de Comercio y el artículo 1279, pues el primero no piensa simplemente en que no se cumplan los requisitos formales. Habla de no cumplir los requisitos que las leyes exigen para la validez del contrato, por tanto se trata de la validez, no ya de la eficacia. Pero eso no pone en cuestión la vinculación y que las partes se puedan exigir recíprocamente a llenar esa forma.

15. LA IDEA DE COALIGACIÓN entre dos contratos puede construirse sobre la base del artículo 1274 del Código Civil, cuando habla de la causa de los contratos remuneratorios. Estos son un tipo de contratos que tienen cada uno su causa en el otro, y por eso tiene esa conexión. No es un problema de accesoriedad contractual, la coaligación contractual empieza donde la accesoriedad termina. Dos contratos que no son accesorios, pero que están conexos, no pueden explicarse en los mismos términos en que se explica la relación fianza-obligación principal.

16. LA LEY COMO LÍMITE de la autonomía privada ha planteado un problema entre el Derecho privado y el Derecho público. Tradicionalmente, se parte de la base de que la ley solamente puede incidir sobre la relación *inter privados* o la relación contractual privada cuando es una ley formal y una ley civil. Sin embargo, resulta necesario que la jurisdicción civil reconozca de una vez que las normas reglamentarias pueden colaborar en la regulación de la relación interna *inter privados* y que las leyes que puede aplicar la jurisdicción civil no tienen por qué ser estrictamente leyes civiles.

150 'En el ámbito de la contratación con los consumidores es esencial la función asesora de los notarios'

17. EN EL ÁMBITO de la contratación con los consumidores es esencial la función asesora de los notarios.

18. EL DERECHO CONCURSAL tiene por función resolver problemas de coordinación que maximicen el valor del patrimonio del deudor en beneficio de los acreedores.

19. EN ATENCIÓN AL objetivo esencial del concurso, cuando no existan problemas de coordinación entre los acreedores, para evitar el malbaratamiento del patrimonio común, puede resultar razonable acudir a institutos de tipo preconcursal. Por la misma razón puede resultar razonable extraer del Derecho concursal aquellos supuestos sin problemas de coordinación, como es el caso de la insolvencia del deudor persona física sin actividad empresarial.

20. LA COMPLEJIDAD actual de la estructura del pasivo incide en la valoración del interés del concurso cuando se trata de los criterios para la administración y disposición de la masa activa, así como en la determinación de los efectos del concurso sobre los contratos. Se trata de una materia en la que es preferible el desarrollo de criterios generales basados en el análisis circunscrito a las finalidades del Derecho concursal, antes que intervenciones legislativas muy acotadas sobre figuras concretas (p.e. *leasing* o *swaps*).

21. RESULTARÍA CONVENIENTE establecer un procedimiento de concurso desjudicializado, que produzca sus efectos en el ámbito del Derecho privado, obligando sin necesidad de aprobación judicial incluso a los acreedores que no lo hayan suscrito, en el cual puede ser muy relevante la intervención notarial.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PATRIMONIAL

Relator/moderador
José Ángel Martínez Sanchiz. Notario



150 - 'La seguridad jurídica en la contratación reclama que la actuación notarial se anticipe a los tratos preliminares'

1. EL NOTARIO DEBE denegar la incorporación de las condiciones generales de la contratación que hayan sido declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales; así como también habrá de denegar la autorización de aquellas condiciones que sean patentemente nulas.

2. EL ACTUAL REGISTRO de Condiciones Generales prevé la inscripción potestativa de las mismas. El Notariado entiende que dicha inscripción debería ser obligatoria en la contratación bancaria. De este modo se facilitaría el ejercicio de las acciones colectivas de cesación.

3. ES NECESARIO fomentar el mercado del arrendamiento de viviendas, no sólo para facilitar su acceso, sino también por razones de movilidad en el puesto de trabajo.

A fin de conseguir este objetivo, ha de actuarse fundamentalmente sobre el arrendador, que, en buena medida, por falta de seguri-

dad jurídica, se resiste a arrendar. La formalización del arrendamiento en escritura pública le ofrecería tal seguridad.

Tal escritura debería contener las siguientes prevenciones: fotos que acreditaran el estado del inmueble, además de prever un depósito ante notario, a modo de fianza prestada por el arrendatario, equivalente a un número determinado de rentas, que ahorraría los costes del aval bancario y la prenda de imposiciones a plazo a los que hoy suele recurrirse. Igualmente, sería conveniente que los pagos se domiciliaran en una cuenta intervenida notarialmente, lo que permitiría, en su caso, acreditar fehacientemente el impago. Todo ello combinado con una posible cláusula de mediación y con un convenio arbitral, que faciliten la resolución de las controversias que pudieran suscitarse.

De *lege ferenda*, incluso, sería oportuno que se previniera el de-

sahucio notarial, por medio de una cláusula expresa en la escritura para consentir la resolución del arriendo en caso de impago, una vez practicado el pertinente requerimiento. Haría falta, tan sólo, una reforma que reconociera a la escritura fuerza ejecutiva, de manera que quedase equiparada a una sentencia condenatoria y sirviera para instar directamente el lanzamiento sin juicio.

Esto no es óbice para que se solicite la inscripción en el registro de la propiedad, en el bien entendido que la toma de razón no es título ejecutivo en sí mismo, sino que sirve como vía de protección para el arrendatario, al ganar oponibilidad frente a terceros.

4. LA SEGURIDAD jurídica en la contratación reclama, sin embargo, que la actuación notarial se anticipe a los tratos preliminares. Es en esta fase de gestación del negocio cuando se producen a veces ciertas patologías, tales como las asimetrías de información, que la intervención notarial estaría en disposición de soslayar. Además, éste es el momento en que mayor utilidad puede tener la labor conciliadora de notario, en situación de sugerir soluciones, desde la redacción de las arras a la verificación.

Fomentar la intervención notarial en esta sede evitaría multiplicidad de conflictos, que podrían llevar al incumplimiento del contrato, cuando no a su invalidez. Con esta finalidad, el Notariado estudiará arbitrar por medios telemáticos un sistema que permita cruzar las propuestas contractuales con la garantía que representa el asesoramiento notarial.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y URBANISMO

1. HABLAR DE LA actuación de la autonomía de la voluntad en un sistema urbanístico como el español, extremadamente intervencionista, reglamentista y atomizado, es prácticamente una quimera.

Al afectado por una actuación urbanística solamente se le reconoce cierto margen de libertad individual o de reacción frente a las decisiones de las Administraciones Públicas o de los agentes urbanizadores como delegados de aquellas. Estas posibilidades de reacción, en casos muy puntuales, pueden llegar a considerarse verdaderos derechos subjetivos.

2. LA MÍNIMA exigencia de seguridad jurídica requiere de la protección de estos derechos o facultades, utilizando a tal fin el mecanismo propio que nació con esa finalidad que no es otro que la actuación notarial, confirmando certeza, autenticidad y garantía a los derechos y a las relaciones jurídicas.

En esta línea, resulta imprescindible un cambio de orientación en la jurisprudencia del TS que de prevalencia al adquirente de un inmueble en escritura pública, frente a eventuales anulaciones de licencias, modificaciones sobrevenidas del planeamiento, etc.

3. EL ESTRECHO margen de libertad del propietario se debe extender y profundizar al máximo en materias concretas como las exigencias de notificaciones rigurosas; derecho a no participar en el proceso de transformación del suelo con una indemnización adecuada que se puede obtener en el mercado por vía de subasta notarial; vinculación del urbanizador a las magnitudes económicas iniciales como garantía legal del propietario; preferencia de los propietarios



ANIVERSARIO 1862 - 2012 DE LA LEY DEL NOTARIADO

en la adjudicación de la condición de urbanizador; derecho a elegir las diferentes posibilidades de opción de pago de las cuotas de urbanización, y las modalidades de garantías a prestar; incompatibilidad de garantías para impedir su duplicidad, y exigencia de garantías privadas al urbanizador, etc.

4. RESULTA NECESARIO recuperar el nivel de sensatez en la línea iniciada hace años de fijar el núcleo de encuentro entre la legislación público-administrativa y privada-civil, y del control de legalidad tanto público como privado, en el momento del otorgamiento de la escritura pública –v.gr. parcelaciones, declaraciones de obra, cesiones de suelo, reservas y transferencias de aprovechamiento, entidades urbanísticas de todo tipo, exposición pública de programas e instrumentos de ejecución, etc. Hay que suprimir excesos –como los recientes de la reforma de julio 2.011 del TR. L. Suelo, de exigencia de licencia de ocupación y certificado de eficiencia energética para la escritura de declaración de obra nueva terminada, de esa misteriosa autorización administrativa para los complejos inmobiliarios, etc.– y defectos –como la desaparición, en algunas legislaciones autonómicas,



‘Resulta imprescindible un cambio en la jurisprudencia que dé prevalencia al adquirente de un inmueble en escritura pública’

de la escritura pública de formalización de la reparcelación–.

5. ES INAPLAZABLE la reformulación del derecho de propiedad inmobiliaria.

La concepción estatutaria del derecho de propiedad aboca a la desaparición de la propiedad como derecho subjetivo uniforme, y a la presencia de tantos derechos de propiedad distintos como planes parciales haya, lo que constituye un atentado flagrante al principio constitucional de protección de las condiciones de igualdad de todos los ciudadanos (art. 149.1.1 CE). Y, además, permite la privación del objeto del derecho sin proceso contradictorio, o, en su lugar, la pérdida de parte del mismo unido al pago de costes de desarrollo de infraestructuras, en muchos casos, poco justificadas.

La aislada originalidad del Derecho español debe corregirse, dotando al Derecho de propiedad inmobiliaria de un contenido de edificabilidad, común y universal, distinguiendo la edificabilidad rural y la urbana, fijada cuantitativamente en un mínimo aunque con la posibilidad añadida de adquirir una mayor cuantía como facultad exclusiva del propietario, y sometidas las dos a control administrativo en su ejecución.

6. ES IMPRESCINDIBLE y urgente promover un proceso de unificación, a nivel estatal, de los elementos principales del urbanismo. Es decir, la clasificación del suelo; los tipos de planeamiento; el procedimiento de aprobación de los planes y su contenido que no debe pretender ser exhaustivo sino genérico, dinámico y flexible; unificar también la nomenclatura y los procedimientos de aprobación de los instrumentos de gestión y ejecu-

ción; lo mismo, los procedimientos de designación del urbanizador y el constructor, con requisitos de capacidad y solvencia, y de publicidad y concurrencia, también uniformes; unificar igualmente la posición de los propietarios en el proceso urbanístico, con respeto a las facultades inherentes al derecho de propiedad y el reconocimiento de los propietarios como otros actores del proceso y no como meros espectadores, y la protección de los derechos subjetivos de los propietarios y de su capacidad de actuación, en atención a la seguridad jurídica, tanto del interés general como del de los particula-

res. E, igualmente, la unificación en el control de la sostenibilidad y viabilidad jurídica y económica de las actuaciones de transformación de suelo, y la convicción –hoy felizmente convertida en norma jurídica- de que solo merece ser transformado el suelo que vaya a cubrir necesidades previsibles.

Todo ello con el fin de acabar definitivamente con la dispersión legislativa, pero también con situaciones perturbadoras de algunos elementos esenciales del sistema económico y jurídico, como la actual multiplicidad de modelos urbanísticos; la perniciosa ruptu-

ra radical de la unidad de mercado y de la unidad de doctrina jurisdiccional; la desorientación y confusión de los operadores económicos y jurídicos, y la nefasta diferencia abismal de ocupación del suelo según comunidades.

Este proceso puede realizarse de una forma directa -aunque con toda certeza polémica- mediante una ley de armonización. Pero también de forma indirecta a través de legislaciones transversales, de competencia estatal, como la de protección del medio ambiente, o las reguladoras del dominio público costero, hidráulico, minero, etc.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: OTRAS FORMAS DE EXPRESIÓN

Relator/moderador

José Javier Escolano Navarro. Notario



1. EL CONSENTIMIENTO libre e informado sigue siendo el elemento esencial y determinante del nacimiento de la obligación jurídica, sea prestado por medios presenciales y soportes físicos materiales (papel) o por medios telemáticos y soportes electrónicos.

2. EL NOTARIADO implantó en el ejercicio de su función

las nuevas tecnologías desde un primer momento, hasta convertirlas en una de las principales prioridades corporativas. Este es un esfuerzo que no puede quedar desbordado por la rapidez con que evoluciona la tecnología, por lo que debe mantenerse el esfuerzo de recursos y medios, tanto materiales como técnicos, para seguir avanzando.

3. HAN DE DEFINIRSE ponderadamente los instrumentos jurídicos, no solo legales sino consensuales, para aunar el reconocimiento del creador de una obra intelectual y su adecuada explotación con su acceso por el mayor número de personas como medio para expandir el conocimiento; aunque conlleve un cierto “adelgazamiento de los actuales derechos de autor”.

4. HAN DE DESTACARSE los aspectos que la incorporación de las tecnologías electrónicas y telemáticas en la Legislación

de Sociedades potencian el emprendimiento y la creación de empresas, imprescindible para atraer y en su caso retener el talento e inversiones.

5. DESDE SU aspecto macroeconómico la anotación en cuenta es factor clave de la dinamización de los mercados de valores experimentada en los últimos decenios, al permitir el fomento de la transparencia en los mismos y la realización de operaciones en tiempo real de ingentes masas de dinero y valores, así como por haber resultado ser instrumento indispensable para la inversión a nivel mundial.

La sustitución del papel-título por documentos electrónicos ha derivado en la sustitución del principio de *confianza en la apariencia* por el principio de *responsabilidad objetiva del intermediario fehaciente* (Sociedad de Sistemas, entidad gestora del “registro contable”) ante emisor, adquirentes y transmitentes de los valores.

6. LA GESTIÓN “telemática” de la constitución de la sociedad de capital confunde el plano de la formación de la sociedad con el de la organización de la empresa que ha de operar bajo titularidad de aquella. El problema no está en la “prisa” ante la constitución formal del titular de la empresa sino en diseñar y ejecutar políticas certeras de fomento de la actividad empresarial.

7. LA PÁGINA web de la sociedad de capital como medio de información societaria con efectos jurídicos respecto de socios y terceros –página web corporativa– debe ser segura y de acceso gratuito. Los documentos contenidos en ella deben ser auténticos, susceptibles de descarga e impresión y su acceso a ellos también ha de ser gratuito. Asimismo, los contenidos legales o estatutarios insertables en la página web han de constar en ella de forma ininterrumpida durante el plazo legal o estatutario establecido según la naturaleza de la información (Art. 11 ter.1 y 4 LSC).

8. LA MODIFICACIÓN de la página web, como nueva competencia atribuida también a los administradores por el RD-Ley 9/2012, debe entenderse como relativa a cambios sustanciales en la misma que se han de asimilar al traslado.

9. ES LÍCITO cualquier medio de expresión del voto siempre que permita comprobar la identidad del accionista, incluso aunque sea *a posteriori* de la celebración de ésta, y, siempre, de participación *limitada*, porque el accionista carece de la posibilidad de intervenir en ningún otro sentido (excepto el ejercicio del derecho de información previo a la celebración de la junta).

10. LA COMUNICACIÓN bidireccional en tiempo real para que los accionistas puedan di-

150

▪ **‘El uso de los medios electrónicos requiere una adaptación de las garantías técnicas y jurídicas’**

rigirse a la junta general desde un lugar distinto al de su celebración. Es válida siempre que se dé la interconexión entre los diferentes locales de reunión, la debida indicación en la convocatoria, y la celebración de la junta en la localidad del domicilio social. Además exige ciertas condiciones: a) junta general constituida y reunida en la localidad del domicilio social; b) admisión estatutaria; c) derecho de voto a distancia y de información parcial (escucha) de las intervenciones de los presentes físicamente; d) derecho de debate y de propuesta hasta un tiempo límite ante cada punto del orden del día; e) emisión del voto por el accionista asistente virtual a través de internet.

11. LA TRANSMISIÓN en tiempo real de la junta general solo propicia la participación efectiva a distancia del accionista si se combina con las otras modalidades.

12. LA JUNTA virtual solo puede ser practicable en sociedades de escaso número de socios que lo acepten como junta universal, ya que esta modalidad de junta es la única que permite su celebración fuera del lugar del domicilio social.

13. EL RECONOCIMIENTO de un verdadero derecho del ciudadano al libre acceso a las bases de datos públicas es posible en la actualidad gracias a las nuevas

herramientas informáticas y electrónicas; no sólo como exigencia de buen gobierno, sino para incentivar la investigación e innovación. Cuantas más personas puedan acceder a los datos e información almacenada en las bases públicas mediante herramientas basadas en la Red, mayores posibilidades habrá de innovar, reevaluar y redefinir proyectos de todo tipo; extremo éste de reciente actualidad con la iniciativa legislativa del Gobierno sobre Transparencia.

14. EL ACCESO a la información y su difusión a través de medios electrónicos constituye una exigencia inexcusable en el actual estado de evolución tecnológica de la sociedad, tanto por razones de eficiencia como de fortalecimiento del carácter democrático de las Administraciones Públicas.

15. EL USO DE medios electrónicos permite superar el modelo *tradicional* de ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, que hace innecesaria la formulación de una solicitud y la tramitación de un procedimiento.

16. LA ADECUADA configuración de las garantías de identificación de los sujetos titulares del derecho hará innecesaria una autorización específica cuando resulte imprescindible un derecho o interés legítimo en el acceso; además el sujeto activo del derecho podrá ver satisfecho su derecho de forma directa.

17. EL USO DE medios electrónicos conlleva, conceptualmente, un desplazamiento desde el documento a la información –del continente al contenido–, facilitando la implantación de servicios avanzados de gestión documental.

18. EL USO DE medios electrónicos permite segmentar la información, lo que facilita

la desvinculación de los datos respecto de las personas físicas a que se refieren, para que no resulte necesario ni el consentimiento de las mismas ni habilitación legal a los efectos de la normativa sobre protección de datos.

Cuando concurra alguna limitación o prohibición que restrinja o impida el derecho de acceso se facilita que se pueda otorgar acceso parcial a la información, para que resulten igualmente protegidos otros bienes jurídicos públicos y privados.

19. EL USO DE medios electrónicos requiere una adaptación de las garantías técnicas y jurídicas que aseguren el cumplimiento de las medidas de seguridad que impidan los accesos indebidos, en particular desde la perspectiva de la normativa sobre protección de datos personales.

20. RESULTA imprescindible configurar sistemas de control ex ante de carácter general y abstracto, pues una vez que se opta por la automatización, el control en cada caso concreto de la finalidad que justifica el acceso que lleva a cabo una persona físicas –el personal al servicio de la Administración– resulta disfuncional.

21. LA GESTIÓN documental basada en los servicios prestados en la nube –*cloud computing*– conlleva la intervención de un nuevo intermediario tecnológico, cuya participación no puede afectar, ni impedir, la normal prestación de los servicios de acceso y difusión de la información administrativa.

22. LAS CARACTERÍSTICAS principales del régimen jurídico de la reutilización

del la información administrativa y el acceso a la misma, cuya manifestación más avanzada se ha venido a denominar open data, son:

- El acceso y la gestión documental no sólo ha de tener lugar en soporte electrónico sino, además, en un formato abierto e interoperable que facilite la reutilización posterior de manera automatizada.

- El acceso por los ciudadanos ya no se produce directamente a la información en poder de las Administraciones Públicas, sino a servicios prestados por terceros denominados agentes reutilizadores.

- La autorización específica se sustituye por una licencia de uso de la información, cuya versión más avanzada tan solo requiere acceder a la información y utilizar los servicios derivados.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PLURILOCALIZADAS: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO INTERREGIONAL

Relatores/moderadores

Pilar Blanco-Morales Limones. Catedrática de Derecho internacional privado / Enrique Brancós Núñez. Notario



1. COMO CONSECUENCIA de sucesivas inmigraciones de sujetos procedentes de países con una cultura muy alejada de la nuestra, Europa se ha convertido en una sociedad multicultural. La respuesta de los sistemas de Derecho internacional privado europeos a los problemas familiares suscitados por los emigrantes ha evolucionado de la hostilidad al acogimiento de nuevos modelos familiares. A consecuencia de ello, una cuestión tan esencial como es la determinación de la ley aplicable al estatuto personal, no sólo ha

vuelto a plantearse con una virulencia insospechada, sino que además empieza a afianzarse, como punto de conexión general para resolver dicho problema, la autonomía de la voluntad conflictual.

2. SI NOS TRASLADAMOS al contexto de la pluralidad legislativa de nuestro Ordenamiento, resulta obligado valorar el impacto de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones entre particulares, localizadas en el escenario interno del Ordenamiento español, configurado, en el ámbito del Derecho privado, por una pluralidad de legislaciones en materia civil. Como consecuencia de tal pluralismo se genera una particular tipología de conflictos de leyes: los conflictos de leyes internos, derivados de la existencia de relaciones jurídico-privadas heterogéneas internas. Se destacan las insuficiencias y carencias del vigente sistema de solución, y se analiza la función que desempeña la autonomía de la voluntad, primero, manifestada a través de los cambios de vecindad civil, con su consiguiente incidencia en el Derecho aplicable, y segundo, como expresión de autonomía conflictual, posibilitando la elección de ley en la ordenación familiar y sucesoria.

3. LA AUTONOMÍA de la voluntad conflictual permite elegir la ley aplicable a los contratos internacionales. Se trata de un criterio recogido hoy en el Reglamento «Roma I» de 17 de junio de 2008, en vigor para España. Una lectura económica de dicho criterio proporciona la explicación del éxito planetario del mismo. La ley elegida por los contratantes potencia la celebración de los contratos internacionales. Y éstos constituyen el perfecto vehículo jurídico para los intercambios transnacionales de los valores patrimoniales. En consecuencia, la libre elección de la ley aplicable a los contratos internacionales potencia el comer-

150 ▪ **‘La libre elección de la ley aplicable a los contratos internacionales potencia el comercio internacional’**

150 ▪ **‘La mediación aporta una excelente muestra de la irrupción del principio autonomista’**

cio internacional y opera como una mano jurídica invisible que aumenta el bienestar de toda la sociedad. El contrato internacional comporta siempre beneficios expansivos.

4. LA AUTONOMÍA de la voluntad posee una significativa y creciente importancia en la gestión legal de las controversias privadas internacionales, más aún en un medio global donde coexisten y compiten sedes y mecanismos de resolución de litigios. De entre estos sistemas, la mediación nos aporta una excelente muestra de esta irrupción del principio autonomista en la gestión de los conflictos transfronterizos en materia civil y mercantil. En este sentido, la reciente publicación del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles –por medio del cual se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2008/52/CE–, nos ofrece la posibilidad de poder analizar el alcance de este importante principio regulador de las controversias privadas, en relación con las distintas fases en las que desarrolla este procedimiento. Un análisis que se llevará a cabo con respecto a los litigios transfronterizos que, en asuntos civiles y mercantiles, acudan a este mecanismo complementario de la Administración de Justicia.



Asistentes al acto de clausura.